

## **FECUNDACIÓN *POST MORTEM*. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA**

JACOBO CABIDO IGLESIAS

Licenciado en Derecho UDC

Máster en Derecho Sanitario, Bioética y Derecho a la Salud en la UE.

Universidad de Granada

**SUMARIO:** I.-introducción; II.-fecundación *post mortem*; III.- la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español; III. I.- artículo 9 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; IV.-crítica, propuestas y conclusiones. V. Bibliografía.

**Resumen:** En esta estudio se analizan los principales aspectos legales de la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español. Las modificaciones legislativas con respecto a la primera norma reguladora de las técnicas de reproducción asistida, el cumplimiento de los requisitos legales exigidos así como los diferentes sujetos que pueden consentir, son solo algunos de los principales. Otro elemento que se ha tenido presente en la exposición, es la necesidad de dar entrada a la bioética para futuras modificaciones de la Ley.

**Palabras clave:** Fecundación *post mortem*, voluntad, consentimiento, reproducción asistida, artículo 9, bioética.

**Abstract:** This study analyses the main legal aspects of regulation of fertilization post-mortem in the Spanish legal system. The legislative amendments with respect to the first regulatory standard of assisted reproduction techniques, compliance with the legal requirements as well as different subjects which can consent, are just a few of the main. Another element that has been present in the exhibition, is the need to give input to the bioethics for future changes to the law.

**Key words:** Fertilization post mortem, will, assent, assisted reproduction, article 9, bioethics.

### **I.-Introducción**

La década de los años 70 del siglo pasado, inaugura la sociedad de las nuevas posibilidades para lo que a priori tenían como objetivo atajar los problemas de esterilidad; esto se debe a la aparición de las técnicas de reproducción asistida. Todo ello propició una progresiva regulación de estas prácticas por parte de algunos ordenamientos, con diferencias sustanciales no sólo en cuanto al fondo de las mismas sino también en relación al rango normativo que a ellas se les otorgaba. Preceptos aislados; disposiciones legislativas específicas; normas de carácter administrativo; recomendaciones médicas; y otras como las resoluciones con origen en organismos autárquicos con competencias en el ámbito sanitario. Mientras en algunos casos se ordenaban la posible entrada de régimen sancionador, la mayoría se caracterizó por la ausencia de castigo alguno ante posibles incumplimientos.

Tratamientos experimentales de fecundación, la posibilidad de que embriones no transferidos pudieran ser crioconservados para su posterior utilización o la inyección

intracitoplasmática de espermatozoides, son solo algunos de los hitos que marcaron un antes y un después para la evolución científica de la técnica.

Ya en la década de los años 80, se hace patente la necesidad u obligación social de proceder al debate de las técnicas de reproducción asistida con el objeto de encontrar el enfoque adecuado que el Derecho debería de aportar ante esta nueva situación que venía aconteciendo. En efecto, diferentes estados europeos crearon Comisiones Ad-Hoc para el debate multidisciplinar de esta realidad social *in crescendo*; el Informe Warnock para Reino Unido de 1982 y el Informe Palacios en España del año 1986, son solo algunos de los resultados de las conclusiones de citadas comisiones. Estos informes que en principio parecen dar respuesta a la nueva sociedad de finales del s.XX, van a tener su reflejo de forma progresiva en la aprobación por parte de los Estados de normas reguladoras de estas prácticas; proceso por cierto, que a nivel global no ha concluido. Legislaciones con diferentes puntos de vista plasmados en la letra de la norma, idóneas por tanto para provocar distorsiones internacionales con efectos realmente perniciosos.

La incursión de este tipo de técnicas en la realidad social de los diversos ordenamientos jurídicos, originó un intenso debate que necesitó -y precisará- un abordaje no solo jurídico o jurídico-social, sino también bioético. Esto trae causa no simplemente por los derechos que puedan verse implicados o incluso afectados, sino también por la relevancia que para estas prácticas adquieren factores o connotaciones como la religión, la ideología, la moral y otras como pueden ser los patrones culturales "vigentes" en cada lugar y en cada momento.

Con todo, es incuestionable la metamorfosis que ha supuesto la incursión de las técnicas de reproducción asistida en la sociedad moderna. El peligro,<sup>1</sup> el riesgo asumible, la incertidumbre, la unión entre Ciencia y Derecho son solo algunas de las aristas que sobresalen de la incidencia general de la tecnología y sus riesgos sobre las relaciones sociales y por supuesto, sobre el Derecho como ordenador de las mismas. Como señala Ulrich BECK, "el desarrollo de la industria y la tecnología nos ha conducido hacia la sociedad del riesgo"<sup>2</sup>

Figuras clásicas, instituciones tradicionales y conceptos como el de maternidad, paternidad o embarazo se han visto con ello "obligados" a adquirir nuevas connotaciones adaptadas a las necesidades de este último siglo. El principio de la realidad genética o biológica en materia de filiación, el "pater is quem sanguinis demonstrat" u otras máximas del Derecho romano como la que sigue, "Mater Semper certa est", se han visto ciertamente cuestionados y en algún caso, reformulados.

El cambio de roles, cuestiones relativas a la disociación entre lo biológico y lo genético y otras creaciones *ex novo* como la ampliación de los modelos de familia por ejemplo, han propiciado el tránsito-o al menos en parte- de la llamada verdad biológica a la nueva denominada como verdad volitiva. La voluntad como elemento nuclear de la nueva reproducción. El consentimiento.

Pues bien, el planteamiento ha ido todavía más allá; la metamorfosis o cambios que aludía, no solo se refieren al nacimiento de las técnicas de reproducción asistida y los cambios que ello provoca, sino a las formas de utilización de las mismas. Primero, la esterilidad era un problema para la creación de generación, sin embargo, esta fue subsanada por la tecnología reproductora; sin embargo, el nuevo paso supone la innecesidad de que los miembros de la pareja estén vivos, o dicho de otro modo, la obligación de que solo esté vivo uno de ellos.

En efecto, los avances tecnológicos de la ciencia, permiten que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no sea óbice para la existencia de *concepturus*. La ciencia posibilita la fecundación *post mortem* y el Derecho—al menos en nuestro país—la permite.

## II.-Fecundación *post mortem*

El destino de los gametos y embriones humanos puede variar en función de la decisión personal del titular del material o en su caso por mutuo acuerdo de los miembros de una pareja o matrimonio; destinos como por ejemplo para uso propio o incluso para donación con fines reproductivos o de investigación. No obstante, puede ocurrir que este material biológico sea congelado para una posterior utilización; para su empleo *post-mortem*.

En efecto, la petición de inseminación por parte de una mujer con el material reproductor de su cónyuge o pareja premuerta, supone una realidad social cuya posibilidad además se puede verificar desde un punto de vista científico-técnico.

Supuestos como el del diagnóstico de una enfermedad grave o terminal, profesión con mucho riesgo u otros como la alteración sobrevenida que previsiblemente producirá esterilidad, son susceptibles de situarse como punto de partida para la aplicación de una futura técnica reproductiva con premorencia de alguno de los sujetos participantes.

En relación a la amplitud del término de fecundación *post mortem* y sobre los numerosos conceptos<sup>3</sup> que pueden ser integrados en el mismo, hay divergencias doctrinales para advertirlo en uno u otro sentido en función del contenido que se le dote. Denominaciones<sup>4</sup> como inseminación o transferencia *post mortem*, fecundación *post mortem* en sentido estricto u otras como la procreación artificial *post mortem*, son solo algunas, y no las únicas como tendremos la oportunidad de analizar, de las discrepancias doctrinales que obligan a la conceptualización del asunto de una manera precisa, coherente y exacta por parte de las legislaciones reguladoras de la materia. Realizada esta anotación y desde una perspectiva genérica, podemos definir la fecundación *post mortem* como la deseada concepción de un hijo mediante el uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida—de ordinario, a través de la inseminación artificial (en adelante, IA) o por fecundación *in vitro* (en adelante, FIV)—, pero con la singularidad de que la titularidad del material reproductor con el que va a ser fecundado el óvulo, pertenece a una persona fallecida.

Para no alejarnos del principal es importante indicar llegados a este punto, que en la legislación española sólo se hace referencia al “material reproductor del marido” y en ninguna ocasión al de la mujer gestante. En caso contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de gestación por sustitución (la comúnmente conocida como “vientres de alquiler”) cuyo contrato, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en nuestro ordenamiento jurídico sería nulo de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo).

En la esfera del Derecho comparado, son muy pocos países los que como España han establecido regulación expresa de la materia. Este tipo de prácticas *post mortem* sugieren una serie de conflictos culturales, sociales y religiosos que superan a todas luces las fronteras estatales; ya en el IX Congreso Mundial de Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1996, se aconsejó incluir en las legislaciones nacionales la prohibición expresa de la fecundación **post mortem**. Por

consiguiente, si hacemos un análisis comparado de las diferentes regulaciones nos encontraremos con ordenamientos jurídicos en donde la prohibición es taxativa, otros en donde la legislación aplicable es mucho más permisiva y países en donde como se ha dicho, todavía no existe normativa sobre la materia.

Singularmente los países más cercanos a nuestro entorno, no son precisamente arquetipos de permisividad en lo que a la regulación de la fecundación *post mortem* se refiere. Véase por ejemplo Francia, Portugal, Italia o Alemania. En Francia es obligación legal que para la inseminación o la transferencia de embriones, el hombre y la mujer que formen pareja estén vivos. En el mismo sentido, la legislación alemana prohíbe expresamente esta forma de aplicar las técnicas reproductivas. El ordenamiento jurídico alemán prevé además, la posibilidad de imposición de penas privativas de libertad al sujeto activo que realizare la acción de fecundar artificialmente y con conocimiento de causa bajo esta técnica de reproducción asistida. La inseminación *post mortem* está igualmente prohibida en Portugal, aun cuando el varón fallecido hubiese dejado su consentimiento por escrito. A pesar de la expresa prohibición que hace el Gobierno luso en su legislación aplicable de julio de 2006, sí que se establece una cautela pertinente a la filiación. La ley portuguesa determina que cuando la misma no fuese respetada y que de la inseminación *post mortem* naciese un niño, se presumirá la paternidad del donante de semen; con la única excepción de nuevo matrimonio o unión de hecho de la mujer con un hombre que haya prestado su consentimiento para la inseminación, en cuyo caso este atribuirá la paternidad. Italia también prohíbe expresamente la fecundación *post mortem*, pues dispone que ambos miembros de la pareja que accedan a las técnicas reproductivas tienen que estar vivos.

Otros países como Noruega y Canadá también prohíben esta clase de prácticas *post mortem*; si bien es cierto, que en el segundo de los casos sí que permite la transferencia de embriones creados *pre mortem*. Por lo que respecta a Suecia, se puede concluir que aun no siendo de manera expresa, se mantiene en la línea de los anteriores. En la legislación sobre reproducción asistida de Dinamarca por su parte, no se prevé la fecundación *post mortem* aunque sí que hay una clara tendencia hacia su flexibilización.

Bélgica, Australia y Reino Unido están instalados en la otra cara de la moneda. Se trata de países relativamente más permisivos y cercanos al espíritu de la legislación española; permiten de manera expresa la fecundación *post mortem* sometida eso sí en alguno de ellos, al cumplimiento de determinados requisitos. Estados Unidos por su configuración jurídico-política, carece de una norma unificada en la materia, lo cual hace que cada Estado dicte su propia regulación. En general, permiten prácticamente cualquier supuesto, requiriendo en algunos estados la conformidad previa al fallecimiento.

Finalmente, la peculiaridad de la regulación en América del Sur radica en que en la mayoría de países latinoamericanos se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida aun sin contar con explícita normativa estatal; la denominada como *autorregulación*. Las excepciones a estas tendencias de desregulación son básicamente Costa Rica, en la dirección de las legislaciones europeas más restrictivas, Argentina, con una ley sobre técnicas de reproducción asistida de 2013 y discusión en torno a la pertinencia de las mismas así como de sus prácticas *post mortem* en el momento de escribir estas líneas y Brasil, país que siguió de cerca la aprobación de la ley española de 1988.

Como podemos comprobar tras esta breve descripción, hay un manifiesto contraste normativo que divide territorios, en muchos de los casos inmediatos entre sí, fruto de la poca unanimidad que a priori sugiere el asunto. Por su parte, se colige que la regulación en España como ya he ido apuntando, tiene un marcado carácter permisivo que la diferencia sustancialmente de la mayor parte de los países ahora mencionados. Tal y como refiere la Exposición de Motivos de la vigente Ley española, nuestra normativa“(…) fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.”

### **III.- La regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español**

España permitió por primera vez la fecundación *pos mortem* en el año 1988. En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico permite y regula expresamente este tipo de prácticas en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

Como era de esperar, a finales de la década de los años 80 la legalización de este tipo de prácticas suscitó una dura polémica en torno a su ubicación constitucional, por lo que se entendía iba en contra del artículo 39.3 de la Constitución española argumentando la falta de asistencia paterna que iba a soportar la generación así nacida. Sin embargo, la cuestión fue zanjada—al menos desde el punto de vista de su constitucionalidad— por la Sentencia del TC nº 116/1999 de 17 de junio, al señalar que es “(…) perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal(…)”<sup>5</sup>

Efectivamente, por todos es sabido que desde la aprobación de la Constitución Española en el año 1978, las relaciones sociales han experimentado profundos cambios originados a su vez por multitud de factores tanto sociales, religiosos como culturales. Entre otras, esto ha sido causa para una adecuación legislativa en los distintos ámbitos y en las diversas esferas por parte de los poderes públicos, con el objeto de dar respuesta a las nuevas necesidades. Sin embargo, la propia carta magna de finales de los años 70 del siglo pasado, ya preveía una serie de títulos competenciales (arts. 149.1, 8º, 15º y 16º CE) que con el transcurso de los años servirían al legislador para abordar, por lo que a este estudio respecta, normas reguladoras de las técnicas de reproducción asistida y de forma específica, para los supuestos de premoriencia del varón.

Precisamente, fruto de las carencias, requisitos y propuestas exhibidas por el conocido como Informe Palacios del año 1986, resultado a su vez del análisis realizado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, surge la primera norma sobre técnicas de reproducción asistida en nuestro país. Es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que ya en su artículo 9 recogía la fecundación *post mortem* en los siguientes términos: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su

mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. 4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.”

Esta disposición legislativa hoy derogada, ha dejado paso a la normativa vigente en materia de reproducción asistida mediante la LTRHA del año 2006 citada con anterioridad. En efecto y al igual que su predecesora, se dedica a la fecundación *post mortem* en su artículo 9 calificando esta situación como *Premoriencia del marido*. Una denominación muy discutible.

De forma complementaria, interesa incluir en el régimen jurídico actualmente aplicable al estado de la cuestión, el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

### **III. i.-Artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

El artículo 9 de la LTRHA regula como sigue la fecundación *post mortem* o *Premoriencia del marido*:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”

En un sucinto y comparativo análisis entre la actual LTRHA y su predecesora de finales de la década de los años 80, podemos concluir que ambas disposiciones prevén el supuesto de *Premoriencia del marido*—aunque titulándolo así solo en la vigente norma—, que en las dos se exige la existencia de consentimiento el cual podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas y que tanto



en la Ley del 88 como en la actual del año 2006 se hace referencia al "...varón no unido por vínculo matrimonial (...)". Una regulación tanto en una como en otra, que apunta de forma expresa a la filiación de la generación resultante.

La vigente Ley modificó la norma que le antecede introduciendo como opción de soporte para el consentimiento del premuerto, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta a tratamiento, y el documento de instrucciones previas. De igual modo, se altera el plazo previamente establecido para el empleo de la técnica, pasando de seis a doce meses tras el fallecimiento del varón.

No obstante, la principal novedad se encuentra en la presunción del párrafo 2º del artículo 9.2; se trata de una presunción legal de consentimiento, para el caso de que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos previamente al fallecimiento del marido. La Ley impone para la validez y efectividad de este consentimiento presunto, la existencia de preembriones constituidos con anterioridad al óbito, teniendo en cuenta que a los efectos de la citada se entenderá por preembrión "(...) el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde." (art.1.2). A priori y por la dicción literal del precepto, parece que en esta presunción legal de consentimiento no tienen cabida los supuestos de relaciones *more uxorio* o parejas de hecho.

Veamos un poco más detenidamente los requisitos que expresamente dispone el precepto objeto de estudio; esto es, el consentimiento o autorización del varón, que este se preste en una determinada forma prevista y el cumplimiento del plazo de 12 meses entre el fallecimiento y la realización de la praxis fecundatoria. A lo que habrá que añadir evidentemente, la necesidad de muerte o declaración de fallecimiento del marido o varón premuerto.

### **Consentimiento**

El primero de los requisitos formales exigidos por la LTRHA, planea sobre la existencia de una voluntad real plasmada por escrito en alguno de los soportes indicados en la misma; el consentimiento previo del fallecido. La figura del consentimiento se incardina así como elemento nuclear de este tipo de relaciones, a la vez que acredita su propia existencia. El consentimiento de los miembros de la pareja ha de ser libre, expreso y voluntario, exceptuándose la ausencia del mismo en caso de violación. Se trata de la conformidad libre, voluntaria y consciente exigida de igual modo en otros sectores del Derecho y del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la validez del consentimiento de la mujer futura gestante, además de ser mayor de edad y con plena capacidad de obrar, este deberá de haber sido otorgado de forma libre, consciente, expresa y siempre por escrito (art.6.1 LTRHA). Con el cumplimiento de los anteriores mandatos, informada tanto de las probabilidades de éxito como de los riesgos y habiendo aceptado la aplicación de estas técnicas con anterioridad a su inicio, la ley presume que la mujer ha prestado este consentimiento (art.3.1 LTRHA). Además, si estuviera casada, se exigirá de igual modo el consentimiento del cónyuge (art.6.3 LTRHA).

En términos generales, estas exigencias son las que la LTRHA ordena para el acceso de cualquier mujer a una técnica de reproducción asistida. Sin embargo para el

supuesto que nos ocupa, el artículo 9 de la norma añade un nuevo requisito; el consentimiento del cónyuge o pareja premuerto. A priori, lo que se deduce de la literalidad del título del precepto, es que este tipo de fecundación solo cabe en su forma homóloga; esto es, con gametos provenientes del marido o pareja. Sin embargo, en el apartado tercero del artículo 9 se da cabida de forma expresa a las relaciones de more uxorio o pareja de hecho, estableciendo que también podrá ser parte en este tipo de utilización de tecnología reproductiva "...el varón no unido por vínculo matrimonial". Ergo, el cónyuge casado firmará su consentimiento para la fecundación respecto a su mujer, mientras que el varón de la pareja de hecho lo hará con respecto a una mujer específica y determinada. Autores como LLEDÓ YAGÜE entienden que la aplicación de técnicas reproductivas post mortem, no será posible para el varón que esté casado y separado de su mujer respecto a la pareja con la que conviva.<sup>6</sup>

Además y como ya se ha hecho notar, la vigente LTRHA introduce la figura del consentimiento presunto con las peculiaridades anteriormente descritas para "(...) cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.". No basta por lo tanto con que se haya iniciado el tratamiento, sino que exige que existan preembriones antes del fallecimiento del marido. Sin embargo, el llevar a la praxis reproductora este tipo de presunción podría entrar en colisión con otra de las disposiciones legales que también son de aplicación en la materia. Así las cosas, tanto el artículo 7.2b) como el artículo 12.1b) del RD 413/1996, de 1 de marzo referidos a la criopreservación del semen el primero, y de los preembriones vivos sobrantes de una FIV el segundo, obligan a la existencia de expreso consentimiento en caso de fallecimiento del varón. En efecto, se prohíbe la fecundación de la pareja cuando para estos supuestos no exista consentimiento expreso y por escrito del varón fallecido.

### **Forma del Consentimiento**

Se trata de un consentimiento formal en tanto en cuanto para que el mismo sea válido y despliegue sus efectos, tendrá que ser expresado por escrito en alguno de los soportes legalmente establecidos. Todo ello con excepción de la presunción del párrafo segundo del artículo 9.2 LTRHA.

En consecuencia, para que el material reproductor del varón premuerto pueda ser utilizado para la fecundación, el consentimiento del fallecido habrá de ser previamente expresado bien en algún tipo de disposición testamentaria, bien en documento público o en el de instrucciones previas, bien en el documento mencionado en el art. 6.3 relativo a los usuarios de las técnicas de reproducción asistida en general. Combinación de varios tipos de posibilidades formales, tanto a través de escritos públicos como privados.

El consentimiento, por ser un acto personalísimo será revocable en cualquier momento anterior al inicio de las prácticas previstas en el artículo 9 de la LTRHA.

### **Plazo**

Por último, el apartado segundo del artículo 9 de la LTRHA indica que el material reproductor del varón podrá ser implantado en la mujer en el plazo de los 12 meses



siguientes al fallecimiento del sujeto. Aumentando como ya se ha dicho, en seis meses con respecto a la regulación precedente.

En consecuencia y según la dicción literal del precepto objeto de análisis, cumplidos los requisitos formales previamente descritos, la generación resultante de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* "(...) producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial". Lo que supone, la atribución *iure et de iure* de la condición de hijo o hija matrimonial a los que la doctrina ha venido denominando como hijos *superpóstumos*.<sup>7</sup> *Contrario sensu*, el incumplimiento de los mismos anularía el vínculo filiativo paterno con sus correspondientes derechos sucesorios pero no la filiación materna; esto parece indicar que el espíritu de la norma busca la asimilación a la regulación de los hijos póstumos. Todo ello con excepción de la novedosa previsión del consentimiento presunto. Además, con respecto a la filiación paterna del varón de la pareja de hecho que como ya se ha advertido se le ofrece la posibilidad de acceder a este tipo de técnica *post mortem*, será su consentimiento para el acceso a las mismas el que sirva "(...) como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad."

En este sentido, se puede deducir que nos encontramos ante los requisitos de la filiación derivada del empleo *post mortem* de alguna de las técnicas de reproducción asistida previstas en la LTRHA; de tal manera, que todo parece indicar que la filiación de la generación resultante vendrá determinada por lo previsto en el artículo 9.2 LTRHA sin que tenga que entrar a efecto la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil.

En consonancia con esta línea argumentativa, la posición de este análisis es que que la ley no impide la fecundación *post mortem*, sino que establece un conjunto de formalismos cuya aceptación o rechazo actuarán como *conditio sine qua non* para con la futura filiación así como para con los derechos sucesorios del *concepturus*.<sup>8</sup>

En todo caso y aunque se entiendan superadas<sup>9</sup> determinadas críticas o posturas relativas a estos extremos y en especial por lo que al vínculo de filiación paterna y derechos sucesorios se refiere, lo cierto es que no existe unidad de criterio ni claridad legislativa.<sup>10</sup>

#### IV.-Crítica, propuestas y conclusiones

Por la incidencia en la esfera derechos sumamente sensibles, en los valores más personales y en definitiva, en el orden social previamente establecido, se trata de un asunto este de la fecundación *post mortem*, que genera debate y posiciones muy encontradas. Desde el mismo instante en el que este tipo de prácticas encierra planteamientos éticos de gran calado y que consecuentemente reflejan la inexistencia de una respuesta social unívoca, considero imprescindible dar una posición privilegiada a la acuciante necesidad de previo debate Bioético a la decisión jurídica y legislativa que en su caso se adopte.

Dicho esto y posicionado en cuanto al tipo de abordaje de posibles reformas o nuevas disposiciones al respecto, voy a intentar aportar una serie de propuestas a modo de hipótesis de *lege ferenda* en determinados aspectos que entiendo, debieran modificarse o al menos, dotar de mayor claridad.

A priori, hay que partir de la base de la posibilidad técnica y científica de estas prácticas. Es decir, desde un punto de vista científico, es posible llevar a cabo una

fecundación o fertilización *post mortem*; cuestión, por otro lado, que queda acreditada por la realidad social de este siglo no solo en nuestro país sino que en todo el mundo: la obligación del Derecho no es otra que entrar a regular las relaciones sociales que dimanen de la tecnología reproductiva.

En dicha irrupción jurídica, considero inevitable el admitir que el elemento nuclear del s. XXI no solamente en lo que a fecundación con material genético del premuerto se refiere, sino en relación a las prácticas de reproducción asistida en general, así como a cualquier práctica relativa a la libertad y al desarrollo<sup>11</sup> de la personalidad individual, va a ser la voluntad. La prioridad del elemento volitivo.

Determinadas instituciones, son eso, instituciones jurídicas creadas en su momento por el Derecho para abordar, insisto en su momento, determinadas situaciones sociales; y por lo tanto, susceptibles de cambio cuando así la sociedad lo requiera. Este *mutatis mutandis* no quiere decir, añadido, la eliminación *per se* sino más bien, la convivencia pacífica de las distintas modalidades.

Admitida la necesidad de dar entrada al Derecho para regular y regularizar en la medida de lo posible así como condicionar la realización de las mismas al cumplimiento de determinados requisitos diferenciando el uso del abuso, el siguiente paso es precisamente ese, regular y analizar lo legislado para abordar posibles necesidades de modificación.

Tal y como he venido analizando a lo largo de la presente exposición, el legislador español ha optado por incluir la premoriencia a los efectos de fecundación asistida en el artículo 9 de la LTRHA. España regula este supuesto y además lo hace en una de las legislaciones pioneras en la materia; es por tanto legal y además constitucional.<sup>5</sup> Esto no es óbice para admitir la carencia de determinados aspectos que obedecen en algunos supuestos entre otras muchas, a una mala técnica legislativa. Así por ejemplo se explicaría la distinción que de modo continuo se hace en el precepto entre "marido", "varón" y "varón no unido por vínculo matrimonial". Fíjense, mientras que en el párrafo primero del apartado segundo del artículo 9 establece que "...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento...", el apartado primero se refiere de la siguiente manera: "...se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón." Inseguridad Jurídica que se acentúa al advertir la ausencia de exigencias sobre la edad del varón así como el número de fecundaciones *post mortem* que puedan ser realizadas por la misma persona en el plazo legalmente establecido.

De igual modo, es verdaderamente llamativo lo que establece el artículo 11.3 LTRHA cuando determina que "la crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuado para la práctica de la técnica de la reproducción asistida." Ergo, a la luz del mismo, podría llevarse a cabo una fecundación *post mortem* si así es autorizado por el equipo médico. Sin embargo, el silencio del legislador en cuanto a los efectos de filiación es manifiesto ya que según el requisito del artículo 9, no podrán ser superados para ello los 12 meses. De nuevo, inseguridad jurídica.

Lo mismo ocurre para la revocación del consentimiento emitido; sería adecuado aclarar si la voluntad para anular la pretensión de fecundación *post mortem* posterior cabe en otro tipo de soporte—sea público o privado— con relación al previamente empleado.

Lo comentado hasta el momento se refiere a algunos de los aspectos que entiendo debieran ser corregidos de la letra de la norma.

Sin embargo y sin tratar de restarle ningún ápice de importancia a los anteriores, creo que otras cuestiones vigentes relativas a lo examinado ya se sitúan en un terreno de complicado encaje, o al menos tedioso, en la sociedad actual. Se trata de una serie de elementos o categorías previstas—o ausentes—en la norma, que ya no son admisibles en la sociedad de este siglo, pero sobre todo, desde mi punto de vista, no lo son por la contravención que suponen para con la aplicación del principio del interés superior del niño.

Así las cosas, considero adecuado la eliminación del primer punto del artículo 9. Esto es, o se permite la fecundación *post mortem* con sus correspondientes controles y cautelas y consecuentemente genera la filiación correspondiente del *concepturus*, o se prohíbe expresamente y se evita lo que a mi modo ver en algunos supuestos, supone sancionar al más indefenso, al menor. Pero de nada sirve un precepto en donde no se prohíbe pero se advierte que de hacerlo sin la aplicación de determinados requisitos, “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido (...)”. A quien hay que proteger es al que no se puede defender; al contrario, no podrá ser sancionable quien no ha hecho nada para merecerlo.

Si continuamos haciendo un recorrido por la norma o al menos en una interpretación literal de la misma, se concluye que el artículo 9 de la LTRHA hace referencia solo a la fertilización homóloga *post mortem*; pero, ¿qué ocurre con la heteróloga? Partiendo de la base, en principio aceptada, que entre otras cuestiones estas prácticas se llevan a cabo para formalizar un proyecto de pareja, o damos prioridad a la voluntad (como parece que sí lo hace la legislación en el resto de las técnicas de reproducción) o por el contrario la dejamos de lado. ¿Por qué no puede ser material reproductor de un donante? ¿Qué ocurre por ejemplo si el marido es infértil? En vida por su parte, a través de la IAD sí que se permite. ¿Se ha seguido algún criterio para esta redacción legislativa? Podemos presumir que en este supuesto y a diferencia de lo que ocurre con el resto de lo previsto, no se le da prioridad ni a los problemas de infertilidad, ni a la *voluntas*. Cuando parece que en el resto de técnicas hemos dejado atrás la verdad biológica para conseguir de una manera libre una verdad voluntaria, parece que la moral personal ha sucumbido siendo plasmada así en la normativa. En este sentido, creo que sería necesario replantearse la dicción literal con el objeto de dar acceso a la fecundación *post mortem* heteróloga.

Otra cuestión que desde mi punto de vista puede llevar a error, se sitúa en relación a lo que—de nuevo—la literalidad del precepto establece para con las parejas *more uxorio*. Es en el párrafo segundo en donde se introdujo la gran novedad en el año 2006, la presunción legal del consentimiento; sin embargo y a estos efectos, sólo habla del marido y no del “...varón no unido por vínculo matrimonial...” como sí se refiere en el siguiente apartado-art.9.3-. Aunque la gran mayoría de la Doctrina entiende incluido en el supuesto de la presunción legal de consentimiento también a este último, considero que no estaría de más dejarlo claro y evitarnos problemas de litigios e inseguridad jurídica. Tal y como también genera sus tensiones doctrinales en otros ámbitos del Derecho, creo que habría que observar la posibilidad de regular en algún sentido la figura del consentimiento presunto, a los efectos de resolver los problemas del binomio ausencia de consentimiento expreso y presencia de voluntad,

o al menos, matizar las presunciones. Se podría introducir algún filtro para intentar resolver ese “caso por caso” a donde la literalidad de una norma no puede llegar. Piénsese por ejemplo en articular el establecimiento de un comité bioético u órgano colegiado que emitiera informe en los supuestos en donde no sea clara la entrada de la presunción del consentimiento. Un informe que sería preceptivo y que modularía y apoyaría al órgano judicial en su toma de decisión. Otra opción para minimizar posibles conflictos podría ser la que de *lege ferenda* propuso la Audiencia Provincial de Valladolid en un Auto del año 2007, en relación con la obligada disposición al respecto en el documento de acceso a las técnicas previsto en el artículo 6.3 LTRHA.<sup>12</sup> De lo contrario, podría producirse la disparatada situación de que mientras las familias materna y paterna del ya niño o niña, reconocen la paternidad del varón premuerto, el Estado la rechaza o incluso la ignora. ¿Cuál extremo inferior se le atribuye en estos supuestos al supremo interés del menor? Se puede sancionar al centro que ha permitido la fecundación en este sentido, se puede sancionar incluso a la madre—lo cual ya es muy discutible—pero a quien no se puede sancionar en ningún caso es al indefenso, al menor.

Por último y en ligazón con lo justo precedente y ya desde una perspectiva amplia, reflexión no solo acomodada a la fecundación *post mortem* sino que extensible para con las técnicas de reproducción humana asistida en general, sostengo como muy conveniente el establecimiento expreso dentro del Código Civil, de lo que la mayoría de la doctrina ha venido denominando como “el tercer tipo de filiación”.

Es decir, el establecimiento definitivo de un título dedicado a la filiación de la generación resultante de las técnicas de reproducción asistida en general, y por lo que a este análisis interesa, para con la generación nacida de la técnica reproductiva *post mortem*. De igual modo, el establecimiento expreso del régimen de derechos sucesorios del *concepturus*.

Esto supondría su regulación de manera autónoma dejando de una forma clara y sistemática efectivamente el régimen jurídico aplicable con sus condiciones, excepciones y toda la estructura que resultare precisa para una mayor seguridad jurídica de todas las partes implicadas.

En definitiva, prevención y compensación en buena forma por quien tiene capacidad para ello, sobre todas estas cuestiones relacionadas con la voluntad, en último término, procreacional, por un lado ayudará a solventar en gran medida conflictos que ya se están produciendo y por otro, actuaremos desde un punto de vista preventivo—a mi juicio—esencial. En estos terrenos de lo biológico y lo tecnológico, lo extraño es el estancamiento; así el estado de la cuestión, ni el Derecho ni la Bioética pueden actuar tal que compartimentos estancos en las relaciones sociales que nacen de forma continua, ni mucho menos, posicionarse como muros de contención frente a estas.

Una reforma legislativa que adopte el espíritu de la prioridad del elemento volitivo—con los matices y filtros necesarios—serviría entre otras para reforzar todo tipo de vínculos existentes, protegiendo positivamente aquellos más débiles. Procediendo para ello si fuere necesario a la conceptualización *ex novo* de determinados nociones y figuras que de no hacerlo, sería idóneo para provocar que las prácticas se volvieran totalmente arbitrarias al dejar en el terreno de la inseguridad jurídica e incluso de la mercantilización, y por lo tanto desamparados, a determinados grupos de población. Como corolario y reiterando el inicio de mi argumentación, todo ello exige un debate ético, jurídico, de carácter multidisciplinar y abstraído de todo prejuicio, en donde a

mi modo de entenderlo, va a resultar fundamental la presencia de la bioética. Hay espacios a los que el Derecho-o al menos en solitario- no puede llegar, y hay que ser conscientes de esto.

## **V. Bibliografía**

- GÁMIZ SANFELIU, M. "Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Actualidad civil*, Nº 10, 2009.
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. "Fecundación *Post Mortem*", en *La Reproducción Asistida y su régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 79 y ss.
- LAMM, E. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida" *Revista de Bioética y Derecho*, [online]. 2012, Nº. 24, P.76-91.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Nº6, 1994, P. 109-142.
- LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMADEA, O. y OCHOA MARIETA, C. "Artículo 9. Premoriencia del marido", en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, P. 123-156.
- PÉREZ GALLARDO, L.B. "Inseminación artificial y transferencia de preembriones "post mortem" procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España)", *Revista General de legislación y jurisdicción*, Nº.4, 2007, P.605-630.
- ZURRIARÁIN, R.G. "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", *Cuadernos de bioética*, Vol.22, Nº75, 2011, P.201-214.